



R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4820 del 2013, proposto da:

Ditta Giuseppe Cipriani S.r.l., in persona del legale rappresentante, Centro Servizi Funebri Rodigini S.r.l., in persona del legale rappresentante, Ferrari Onoranze Funebri S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dall'avvocato Giovanni Daniele Toffanin, con domicilio eletto presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Comune di Rovigo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Ferruccio Lembo, Nicola Massafra, con domicilio eletto presso Nicola Massafra in Roma, via Val di Non, n. 18;

nei confronti di

A.s.m. Rovigo S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Mazzarolli, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5; A.s.m. Onoranze Funebri S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Franzoi, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via F. Confalonieri, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I, n. 171/2013, resa tra le parti, concernente separazione societaria del ramo d'azienda preposto alla attività di onoranze funebri.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Rovigo e di A.s.m. Rovigo S.p.a. e di A.s.m. Onoranze Funebri S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Daniele Toffanin, Ferruccio Lembo, Francesco Mazzarolli e Luca Mazzeo, su delega dell'avvocato Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Veneto le odierne appellanti invocavano l'annullamento della delibera C.C. n.15 del 15.3.2011, con la quale era stata autorizzata la separazione societaria del ramo d'azienda preposto alle attività di onoranze funebri di A.s.m. Rovigo s.p.a., nonché del decreto sindacale n. 11 del 12.04.2011 avente ad oggetto “*Sottoscrizione di atti di polizia mortuaria*”.

2. La controversia all'attenzione di questo Consiglio riguarda ASM Rovigo S.p.A., società *in house*, di cui è proprietario il Comune di Rovigo, affidataria diretta di diversi servizi pubblici, tra cui anche quelli funebri – cimiteriali e di onoranze funebri (questi ultimi in regime di libero mercato ed in concorrenza con altre ditte). In attuazione del secondo comma dell'articolo 54 della legge regionale Veneto 4 marzo 2010, n. 18, il Comune di Rovigo aveva: 1) autorizzato la predetta ASM Rovigo S.p.A. “*a incorporare per conferimento il ramo d'azienda onoranze funebri, costituendo apposita newco s.r.l. retta da uno statuto che contenga le disposizioni di cui*

allo schema allegato B)...”; 2) autorizzato contestualmente la predetta ASM Rovigo S.p.A. a ricercare un socio, cui attribuire non più del 10% del capitale sociale della newco stessa; 3) dato atto che si tratta di attività di libero mercato non soggetta, a differenza dei servizi pubblici locali, a regolamentazione con contratto di servizio, cessando conseguentemente gli effetti della delibera G.C. n. 56 del 13 marzo 1998 e suoi atti presupposti; 4) autorizzato il Sindaco o suo delegato ad esprimersi nelle sedi assembleari competenti conformemente a quanto espresso nei punti precedenti; 5) dichiarato la delibera stessa immediatamente eseguibile.

Secondo le originarie ricorrenti il citato comma 2, secondo il quale: “Qualora il gestore del cimitero svolga anche una attività funebre è d’obbligo la separazione societaria con proprietà diverse da attuare entro 12 mesi dall’entrata in vigore della presente legge” dell’articolo 54, sarebbe rimasto inattuato dal momento che la newco ASM Onoranze Funebri s.r.l. è partecipata al 90% da ASM Rovigo S.p.A. che, a sua volta, è interamente partecipata dal Comune di Rovigo, con una inammissibile commistione tra attività commerciali e poteri pubblici e potenziale conflitto di interessi tra sfera privata e sfera pubblica, tanto più che con la ordinanza sindacale n. 11 del 12 aprile 2001 sarebbero stati illegittimamente attribuiti ad ASM Rovigo S.p.A. poteri sia in materia di polizia mortuaria, appartenenti esclusivamente all’ufficiale di stato civile, sia in materia di riscossione di non meglio identificati diritti e tariffe.

3. Il primo giudice accoglieva in parte il ricorso sulla scorta delle seguenti motivazioni.

3.1. Secondo il TAR gli atti impugnati non sortivano la separazione societaria con proprietà diverse imposta dal richiamato art. 54, poiché le compagini societarie sono sostanzialmente identiche, tenuto conto dell’apporto assolutamente marginale della nuova partecipazione privata introdotta nella neo costituita società, sicché la società *in house* ASM Rovigo s.p.a. del Comune di Rovigo a cui è riservata l’attività cimiteriale continuerebbe, nella sostanza, a gestire anche l’attività funebre, solo formalmente conferita ad un soggetto giuridico distinto.

3.2. Quanto all’impugnazione del decreto sindacale n. 11 del 12.04.2011, il primo giudice rilevava che con quest’atto venivano delegate a soggetti diversi da quelli individuati dalla legge statale (cfr. DPR 285/1990) funzioni spettanti al Sindaco quale ufficiale dello stato civile, in quanto tali non suscettibili di attribuzione diversa da quella ivi prevista, quand’anche consistente in una società *in house providing* che nella sostanza agisce quale articolazione interna dello stesso ente comunale. Pertanto, il TAR disponeva l’annullamento in parte del citato decreto.

4. Avverso la sentenza del TAR propongono appello le originarie ricorrenti, il Comune di Rovigo e ASM S.r.l.

5. Con appello principale la Ditta Giuseppe Cipriani S.r.l., la Centro Servizi Funebri Rodigini S.r.l., e la Ferrari Onoranze Funebri S.r.l. invocano l’annullamento integrale degli atti impugnati e la declaratoria di nullità dell’atto costitutivo di ASM e di tutte le autorizzazioni concesse e richieste di pagamenti o deleghe del comune di Rovigo, evidenziando che l’art. 54, l.r. Veneto 18/2010, stabilirebbe che la gestione dei servizi cimiteriali, non possa essere in capo allo stesso soggetto che gestisce le onoranze funebri in regime di libera concorrenza. Il TAR, pertanto, avrebbe errato nella parte in cui dall’annullamento della delibera consiliare n. 15 del 15 marzo 2011, non avrebbe fatto discendere la caducazione di tutti gli atti presupponenti. Quindi, il decreto sindacale avrebbe dovuto essere interamente travolto non potendosi distinguere l’oggetto della delega ivi contenuta. Inoltre, la distinzione operata dal TAR tra atti del Sindaco in veste di ufficiale dello stato civile e atti comunali in senso stretto non sarebbe corretta e contrasterebbe con la lettera dell’art. 23, d.p.r. 285/1990, l’affermazione secondo la quale l’autorizzazione al trasporto sarebbe di competenza del sindaco in veste di autorità comunale, perché l’autorizzazione alla sepoltura varrebbe anche come autorizzazione al trasporto e sarebbe rilasciata dal Sindaco nella veste di ufficiale dello stato civile. Inoltre, nessuna delega potrebbe essere operata a favore di un soggetto che opera in mercato competitivo, sostenendo metodi di finanziamento occulti con storno dei profitti pubblici a danno degli altri operatori. L’ASM infatti potrebbe riscuotere in virtù della delega diritti e tariffe, ma sarebbe assolutamente erroneo che la delega conferitale possa fondare sull’art. 23, d.p.r. 285/1990. Pertanto, la tassa di trasporto che dovrebbe esserle versata in qualità di incaricata di pubblico servizio ex art. 21 l.r. Veneto n. 18/2010, sarebbe del tutto illegittima. Inoltre, vi sarebbe una commistione di attività contraria a legge, in quanto la ASM s.r.l. verrebbe pubblicizzata unitamente alla ASM s.p.a., il sito ASM s.p.a. rinvierebbe a pagine sia per i servizi cimiteriali che per quelli funebri. Ancora, la corrispondenza della ASM s.r.l. fa riferimento al

gruppo ASM, le autorizzazioni amministrative di trasporto salme all'estero sarebbero sottoscritte dall'amministratore unico di ASM s.r.l. Le imprese appellanti dovrebbero rivolgersi ad ASM s.p.a. per la tumulazione delle salme e dovrebbero corrispondere una tassa di trasporto per servizi non resi, attraverso un meccanismo che prevedrebbe l'invio da parte dell'ufficio anagrafe comunale di un elenco dei decessi avvenuti in Rovigo al quale farebbe seguito la fatturazione in capo alle imprese concorrenti, la cui attività in questo modo verrebbe anche controllata. Sotto questo profilo sarebbe erroneo ritenere che l'autorizzazione al trasporto della salma sia un atto comunale e non un atto dell'ufficiale dello stato civile e che come tale non debba essere sottoposto a tassa, visto che nessuna attività verrebbe prestata dal comune. Pertanto, le lettere a) e b) del decreto sindacale n. 11 del 12 aprile 2011 farebbero riferimento ad attività di competenza delle onoranze funebri, mentre l'autorizzazione al trasporto spetterebbe al sindaco nella veste di ufficiale dello stato civile. Quanto alle lettere g), h), i) dello stesso decreto, il loro inserimento sarebbe illegittimo in quanto dovrebbero rientrare nel capitolato d'appalto pure questo affidato illegittimamente.

6. Con appello incidentale autonomo il Comune di Rovigo invoca la riforma della sentenza di primo grado, atteso che: a) quanto al decreto sindacale n. 11/2011 avrebbe semplicemente confermato in capo ad ASM S.p.a. società *in house*, la delega delle funzioni di polizia mortuaria che nulla avrebbero a che fare con la gestione cimiteriale, di cui all'art. 54 l.r. veneto 18/2010. Il TAR, al riguardo, avrebbe confuso le attività di cui alle lett. c), d), f), e) con attività dell'ufficiale dello stato civile non delegabili; a1) non vi sarebbe interesse al ricorso per l'annullamento del decreto sindacale n. 11/2011, perché nessuna utilità economica deriverebbe alle originarie ricorrenti; a2) sarebbe inammissibile il motivo secondo il quale la ASM S.p.a. non potrebbe svolgere attività di gestione dei cimiteri e funzioni di polizia mortuaria, perché proposto per la prima volta in appello, ed infondato comunque nel merito, perché l'art. 54 l.r. 18/2010 affermerebbe la necessità di separare soltanto la gestione del cimitero con i servizi tipici delle onoranze funebri, ma non farebbe riferimento alle funzioni di polizia mortuaria. Il legislatore vorrebbe solo assicurare la terzietà di chi gestisce il cimitero. Nessuna posizione dominante potrebbe assumere chi gestisce il cimitero rispetto all'affidamento di un funerale già svolto; a3) non vi sarebbe interesse alla censura sulla delegabilità delle funzioni di polizia mortuaria alla società *in house*, perché si tratterebbe di funzioni estranee alla semplice gestione cimiteriale. Si sarebbe in presenza, infatti, di funzioni di competenza del sindaco in veste di autorità comunale ordinariamente delegate alle società *in house*. L'art. 23 comma 1 l.r. 18/2010, prevedrebbe che l'autorizzazione al trasporto sia rilasciata dal comune. Il comma 2 stabilirebbe poi che l'autorizzazione all'inumazione valga anche quale autorizzazione al trasporto, ma ciò non trasformerebbe quest'ultima in una competenza dell'ufficiale dello stato civile. Quindi, non rilevarebbe l'art. 74 d.p.r. 397/2000. Sarebbe, invece, corretta la sentenza nella parte in cui ha confermato la delega delle funzioni di polizia mortuaria, mentre dovrebbe ritenersi errata nella parte in cui ritiene illegittimo il conferimento di una parte di esse, perché proprie dell'ufficiale dello stato civile, la cui funzione, invece, sarebbe solo quella di certificare la variazione dello stato di nascita, morte, matrimonio, cittadinanza; a4) vi sarebbe un'*ultra petita* in relazione all'annullamento del decreto sindacale per la parte diversa da quella relativa all'attività di trasporto. Né si comprenderebbe quale sia l'interesse all'affermazione che sia il sindaco nella veste di ufficiale dello stato civile piuttosto che nella veste di autorità comunale a firmare i provvedimenti di tumulazione ovvero i passaporti mortuari.

b) Quanto alla delibera consiliare n. 15/2011, non vi sarebbe interesse a ricorrere delle ditte, perché l'eventuale eliminazione di posizioni dominanti spetta alla Corte d'Appello. L'unico interesse perseguito sarebbe quello volto ad eliminare la concorrenza di ASM S.r.l., tale tutela non potrebbe avvenire per mezzo della richiesta di annullamento di atti amministrativi, atteso che ASM S.r.l. opererebbe in regime di diritto privato. Inoltre, la delibera consiliare sarebbe un mero atto di indirizzo.

7. Con appello incidentale ASM S.r.l., a sua volta, chiede la riforma della sentenza impugnata, sottolineando che il primo giudice avrebbe dovuto rilevare l'inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse, perché la delibera di C.C. 15/2011 sarebbe atto di indirizzo non immediatamente lesivo. Ancora, il ricorso di prime cure sarebbe inammissibile nella parte in cui chiede dichiararsi la nullità dell'atto costitutivo della società. La sentenza sarebbe erronea nella parte in cui interpreta l'art. 54 della l.r. 18/2010, ritenendo che vi sia un implicito riferimento ad evitare situazioni di controllo ex art. 2359 c.c. alle quali invece non avrebbe dato peso, rilevando solo la necessità della diversità soggettiva. Inoltre, sa-

rebbe errata la sentenza nella parte in cui non avrebbe considerato adeguatamente l'eccezione di costituzionalità avanzata dal comune, infatti, pur se il TAR riconosce che la materia della tutela della concorrenza è di competenza statale e che la disciplina regionale impone la separazione societaria, nulla direbbe sulla composizione proprietaria, finendo per avallare un'esegesi del citato art. 54 che comporterebbe uno sconfinamento del legislatore regionale nella materia della tutela della concorrenza. Inoltre, la posizione societaria dell'ente *in house* nella nuova s.r.l. non sarebbe pesabile, utilizzando meramente il riferimento del 10% proprietario atteso che i soci avrebbero stipulato un patto parasociale, che prevedrebbe l'attribuzione di specifici poteri a favore del socio di minoranza in talune materie. Inoltre l'art. 3, comma 8, l. 148/2011, dovrebbe ritenersi abrogato *in parte qua* la l.r. 18/2010.

8. Nelle successive difese le appellanti principali, nel ribadire le proprie argomentazioni, eccepiscono la violazione dell'art. 104 c.p.a. in ordine alla produzione in giudizio del patto parasociale, e pongono in luce come con sentenza n. 274/2012 la Corte costituzionale avrebbe affermato la legittimità costituzionale della l.r. 18/2010. Inoltre, l'attuale legge regionale avrebbe eliminato l'autorizzazione al trasporto concentrandola con l'autorizzazione alla inumazione, quindi la tassa prevista per l'autorizzazione al trasporto, trattenuta da ASM s.r.l., non avrebbe ragion d'essere.

9. A sua volta l'ASM Rovigo S.p.a. eccepisce la tardiva produzione documentale da parte delle appellanti principali, sottolineando come tutto il materiale pubblicitario prodotto dalle appellanti riguarderebbe situazione antecedente alla nascita della ASM srl. Quanto alla tariffazione sarebbe stata introdotta solo nel 2010 e da allora non se ne sarebbero mai dolute.

10. L'amministrazione comunale, invece, oltre a ribadire le proprie motivazioni, pone in evidenza come la tassa per il trasporto sarebbe rimborsata alle ditte dalle famiglie dei defunti, quindi, non vi sarebbe interesse a contestarla, atteso che il provvedimento impugnato sarebbe meramente confermativo del decreto n. 47/2004.

11. Con ordinanza del 5 febbraio 2014 la Sezione dispone istruttoria, ordinando l'acquisizione della sentenza della Sezione I, della Corte d'Appello di Venezia, n. 3071/2013, che ha respinto il ricorso della Giuseppe Cipriani S.r.l. ex art. 33, l. 287/90 volto a far cessare l'attività di onoranze funebri a ASM Rovigo e ASM onoranze funebri, ed a far dichiarare nullo l'atto costitutivo di A.s.m. Onoranze Funebri S.r.l., disapplicando il decreto sindacale n. 11/2011.

DIRITTO

1. All'esame della controversia va premesso che con sentenza n. 2887 del 2012 del Consiglio di Stato – in riforma della pronuncia di inammissibilità per difetto di giurisdizione, del TAR per il Veneto (sent n. 1759 del 2011), veniva dichiarata la giurisdizione del g.a. con statuizione ormai divenuta irrevocabile e comunque non contestata negli appelli in esame.

2. Va, inoltre, preliminarmente chiarito che il *thema decidendi* fissato dal ricorso di prime cure introdotto dalle odierne appellanti principali ruota attorno a tre motivi di ricorso: a) violazione dell'art. 54, comma 2, l.r. Veneto, n. 18/2010; b) illegittima delega delle funzioni del Sindaco nelle vesti di ufficiale dello stato civile; c) illegittimo trasferimento in capo all'ASM Rovigo S.p.a. della riscossione dei diritti di trasporto delle salme entro il territorio comunale.

3. Quanto alle eccezioni incrociate in ordine alla paventata tardiva produzione documentale, le stesse debbono essere respinte è noto, infatti, che l'art. 104 comma 2 c.p.a. tempera il divieto di produzione di documenti nuovi in appello con la condizione che "*il collegio li ritenga indispensabili alla decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto ... produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile*". La norma in questione, pur prendendo spunto dal comma 3, dell'art. 345 c.p.c., non ne segue le sorti come chiarito da Cons. St., Sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5509, trattandosi di norma processuale autonoma. Sicché deve registrarsi allo stato una diversità di disciplina processuale, che consente al collegio di valutare il carattere indispensabili dei documenti prodotti.

Nella fattispecie in esame le eccezioni proposte non possono essere accolte, in quanto la documentazione versata per la prima volta in seconde cure appare, da un lato, indispensabile ai fini del decidere, atteso che offre una dimensione delle dinamiche societarie, come della tipologia dell'attività svolte dalle parti dell'odierno giudizio, illuminando le doglianze esposte negli appelli in esame. Inoltre, la produzione in questione non si presenta come del tutto "nuova", perché integra la già copiosa produzione documentale versata dinanzi al TAR per il Veneto dalle odierne appellanti.

4. Vanno disattese le eccezioni di inammissibilità sollevate dalle appellanti incidentali con le quali si contesta il difetto di interesse delle appellanti principali al ricorso di primo grado in relazione alla caducazione di entrambi gli atti impugnati. Va, al riguardo, rammentato come l'interesse all'impugnazione deve essere rinvenuto nella circostanza che le imprese in questione sono operatori economici del settore nel quale gli atti impugnati vanno ad incidere sia in termini di numero dei soggetti potenziali concorrenti, sia in termini di economie di mercato. Pertanto, non v'è dubbio che tutte vantino un interesse legittimo rispetto agli atti amministrativi contestati con il ricorso di primo grado, giacché tutte difendono un bene della vita, quello alla protezione della loro attività economica, potenzialmente leso dagli atti impugnati. Né vale obiettare come fanno le appellanti incidentali che la delibera consiliare sia mero atto di indirizzo, dal momento che si tratta del provvedimento con il quale l'amministrazione comunale attua concretamente il disposto dell'art. 54 l.r. Veneto n. 18/2010, definendo in che termini la "separazione societaria" debba essere declinata secondo la volontà dell'amministrazione.

5. Passando al merito degli appelli in esame, occorre iniziare da quelli incidentali, dal momento che il primo motivo di quello principale è dato dalla mancata presa d'atto da parte del TAR della caducazione automatica di tutti gli atti a valle rispetto la delibera C.C. n.15 del 15.3.2011.

5.1. Gi appelli incidentali sono parzialmente fondati, nella parte in cui denunciano l'erroneità della sentenza di prime cure nell'aver caducato la citata delibera consiliare n. 15/2011.

È necessario operare una ricostruzione della normativa di riferimento a cominciare dalla legge regionale del Veneto n. 18/2010. Il legislatore regionale con la disciplina in parola detta norme in materia funeraria, la finalità delle quali è indicata dall'art. 1, comma 1, precipuamente nella tutela della salute. La perimetrazione delle attività riconducibili nella categoria di attività funebre è offerta dall'art. 5, della stessa legge, che precisa al comma 4, inoltre, come: "*L'attività funebre è incompatibile con la gestione del servizio cimiteriale e del servizio obitoriale, è invece compatibile con la gestione della casa funeraria e della sala del commiato*". Un simile precetto è ribadito dal comma 2 dell'art. 28: "*La gestione dei cimiteri è incompatibile con l'attività funebre e con l'attività commerciale marmorea e lapidea interna ed esterna al cimitero, salva possibile deroga per i comuni ricompresi nei territori classificati montani...*". Dell'esistenza di incompatibilità *in fieri* si fa, invece, carico il comma 2 dell'art. 54, della legge citata, precisando che: "*Qualora il gestore del cimitero svolga anche attività funebre è d'obbligo la separazione societaria con proprietà diverse, da attuare entro dodici mesi dall'entrata in vigore della presente legge, fatta salva l'eventuale scadenza originaria della gestione antecedente a tale data*".

Si tratta di disposizioni che, sebbene orientate principalmente a tutelare la salute, intercettano indirettamente anche la tutela della concorrenza e ne promuovono la diffusione in linea di continuità con quanto imposto dai precetti di derivazione comunitaria. Affinché possano ritenersi ammissibili, gli interventi normativi regionali devono avere effetti marginali o indiretti e non essere in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza (cfr. Corte cost., n. 430/2007; Id., 274/2012).

Il referente normativo statale di riferimento è rappresentato dall'art. 8, della l. 287/1990, che impone alle imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato di operare mediante società separate, quando agiscono in mercati diversi.

Ciò che rileva secondo il legislatore nazionale è che vi sia una differenza soggettiva e non che la società costituita per operare nel mercato diverso operi in modo del tutto indipendente dalla società madre, tanto che il comma 5 del citato art. 8, precisa che può trattarsi non solo di società partecipate ma anche di società controllate.

Dall'esame delle citate disposizioni appare evidente, quindi, che l'operazione alla quale è chiamata l'amministrazione comunale è quella di assicurare una separazione proprietaria – la norma non fa riferimento ad una dismissione di ogni partecipazione sociale da parte delle imprese pubbliche – che deve avvenire in conformità con le norme di diritto civile, tanto da poter ritenere che la nuova società sia controllata dall'impresa pubblica, purché non si identifichi con questa. Nella fattispecie non può condividersi la valutazione operata dal primo giudice, atteso che la divisione delle quote sociali del nuovo soggetto giuridico partecipato per il 90% dalla stessa ASM Rovigo S.p.a. e per il 10% da LORANDI S.p.a., non conduce a ritenere che non vi sia stata un'effettiva separazione proprietaria. Ciò in ragione di una duplice circostanza: I) il nuovo soggetto giuridico è una società a responsabilità limitata; II) il contenuto del patto parasociale che regola i diritti dei singoli soci.

Quanto al primo profilo occorre rammentare che all'indomani della riforma del diritto societario, portata dai d.lgs. nn. 5 e 6/2003, la società a responsabilità limitata assume una valenza più spiccatamente "personale", nel senso che la rilevanza centrale della persona del socio conduce a rendere possibile la presenza di tipi societari, che spaziano dalla perfetta coincidenza tra gestione e proprietà alla creazione di una veste organizzativa simile a quella delle società per azioni. In questo senso un ruolo fondamentale viene svolto non solo dall'atto costitutivo ma anche dai patti parasociali. Pertanto, nella nuova società a responsabilità limitata non si registra una necessaria proporzionalità tra partecipazione e diritti sociali.

Nel caso in esame si registra, infatti, una difformità tra la partecipazione sociale e i diritti sociali. Dall'esame del patto parasociale si evince, ad esempio, che: a) dei tre membri del consiglio di amministrazione, due sono nominati da ASM Rovigo S.p.a. ed uno da LORANDI S.p.a.; b) l'amministratore delegato deve essere nominato dalla prima, acquisito l'assenso della seconda; c) dei tre membri del collegio sindacale, due sono nominati da ASM Rovigo S.p.a. ed uno da LORANDI S.p.a.; d) nella materie indicate dal punto 4.3.1. l'assemblea delibera con la maggioranza qualificata del 95%. Sicché il peso effettivo dei due soci non può ridursi alle mere percentuali di partecipazione alla società.

È evidente, quindi, che si è in presenza di una separazione societaria con proprietà diverse a favore di una società (ASM Rovigo S.r.l.), che è sottoposta ad una forma di controllo da parte di ASM Rovigo S.p.a. ai sensi degli artt. 2359, 2497, 2497-*sexies* c.c., ma che si presenta come un soggetto diverso rispetto a quest'ultima. Pertanto appare pienamente rispettato il dettato dell'art. 54, comma 2, della legge regionale n. 18 del 2010, quindi, non deve essere annullata la delibera C.C. n.15 del 15.3.2011, né può essere dichiarata la nullità dell'atto costitutivo di ASM Rovigo S.r.l.

6. Si può, pertanto, passare all'esame dell'appello principale e degli appelli incidentali nella parte in cui espongono le doglianze aventi ad oggetto i capi della sentenza di prime cure che hanno vagliato le censure al decreto sindacale n. 11 del 2011.

La sentenza di prime cure merita, infatti, conferma sul punto, dovendosi disattendere la doglianza con la quale le appellanti principali sostengono che l'illegittimità della delibera consiliare n.15 del 15.3.2011, avrebbe dovuto comportare il travolgimento anche del decreto sindacale, dal momento che si è accertato che la prima non è illegittima.

Va, poi, precisato che, nonostante il carattere non puntuale della doglianza introdotta con il ricorso di primo grado dalle appellanti principali, la contestazione del decreto sindacale riguarda la delega di tutte le funzioni ivi rappresentate e non è limitata soltanto a quella inerente l'autorizzazione al trasporto della salma, sicché non si registra alcun *ultra petita*. Infatti, nel ricorso dinanzi al TAR si contesta che le attività dell'ufficiale dello stato civile siano state delegate a soggetti non appartenenti all'organico dell'ente.

6.1. Come correttamente ricostruito dal primo giudice il decreto sindacale in questione delega alla società *in house* del Comune di Rovigo (espressamente autorizzata ad adottarli in nome e per suo conto) i seguenti atti di Polizia mortuaria:

«a) adempimenti derivanti dalle autorizzazioni al trasporto salma, resti mortali, ossa umane in luogo diverso o in altro Comune ... di cui all'art. 24 del DPR 285/1990 e art. 23 della legge regionale del Veneto n. 18 del 2010;

b) adempimenti derivanti dalle autorizzazioni al trasporto salma da Comune a Comune per essere cremato e delle risultanti ceneri in luogo di deposito - art. 26 del DPR 285/1990 e art. 23 della legge regionale del Veneto n. 18 del 2010;

c) autorizzazione alla esumazione di cui all'art. 83 DPR 285/1990;

d) autorizzazione alla estumulazione e successiva traslazione di cui all'art. 88 DPR 285/1990;

e) autorizzazione all'effettuazione di operazioni cimiteriali in cappella privata fuori del cimitero di cui all'art. 102 DPR 285/1990;

f) rilascio di passaporti mortuari previsti negli articoli 27, 28, 29 del DPR 285/1990;

g) Concessioni cimiteriali di aree, loculi, cellette – ossario dei cimiteri comunali;

h) rilascio di autorizzazioni scrittura lapide;

i) tenuta registro cremazione».

Senonché alcune di queste funzioni, in particolare: l'autorizzazione: a) alla sepoltura (art. 6, D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), b) all'esumazione (art. 83, D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), c) all'estumulazione (art. 88, D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), d) alla tumulazione nelle cappelle private (art. 102, D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), non possono essere oggetto di delega, in quanto attribuite al Sindaco nelle vesti di ufficiale di stato civile e non in veste di autorità comunale. Mentre risultano delega-

bili gli adempimenti connessi alle autorizzazioni al trasporto della salma di competenza del Comune (cfr. lettere a) e b)) ex art. 23 della L.R. n. 18 del 2010, così come le attività direttamente connesse all'espletamento di servizi cimiteriali di cui agli artt. g), h), i), ovvero ancora, con riguardo alla lettera e), le operazioni cimiteriali in cappella privata diverse dall'autorizzazione alla tumulazione.

Pertanto, non può condividersi la doglianza contenuta nell'appello principale che sostiene un'erronea interpretazione da parte del TAR del dettato dell'art. 23, l.r. Veneto 18/2010. Quest'ultimo, infatti, nel prevedere che: “1. *Il trasporto funebre è autorizzato dal comune.*

2. *L'autorizzazione all'inumazione, alla tumulazione o alla cremazione, rilasciata dall'ufficiale dello stato civile, vale anche come autorizzazione al trasporto*”, indica la presenza di due distinte funzioni non sovrapponibili, la seconda delle quali vale anche come autorizzazione al trasporto. Né vale in senso opposto richiamare il dettato dell'art. 23, d.P.R. n. 285/1990, secondo il quale: “*L'incaricato del trasporto di un cadavere deve essere munito di apposita autorizzazione del sindaco, la quale deve essere consegnata al custode del cimitero*”. La presenza di un'autorizzazione implicita al trasporto, infatti, nel caso di inumazione, tumulazione o cremazione, appare del tutto logica in ragione del fatto che il trasporto è attività strumentale rispetto alle altre, sicché non può che riconoscersi in capo al Sindaco quale ufficiale di governo l'esercizio di un potere implicito.

Pertanto, in ragione della presenza di un'autonoma autorizzazione del sindaco quale organo dell'ente comunale si giustifica anche la delega alla riscossione di diritti e tariffe a favore di ASM Rovigo S.p.a., sicché deve essere respinta la correlata doglianza contenuta nell'appello principale.

Le censure contenute negli appelli incidentali, invece, circa il novero degli atti che non sarebbero di competenza del sindaco quale ufficiale dello stato civile sono smentite da quanto disposto dall'art. 74, d.P.R. n. 396/2000, secondo il quale: “*Non si può far luogo ad inumazione o tumulazione di un cadavere senza la preventiva autorizzazione dell'ufficiale dello stato civile, da rilasciare in carta semplice e senza spesa*”. Dalla norma in questione, si trae conferma del fatto che le funzioni di ufficiale dello stato civile non si limitano, infatti, alla mera tenuta dei registri.

7. L'appello principale deve, quindi, essere respinto, mentre vanno accolti nei sensi di cui in motivazione gli appelli incidentali. Pertanto, va accolto solo in parte il ricorso di primo grado nel senso che resta caducato il decreto sindacale n. 11 del 12.04.2011 avente ad oggetto “*Sottoscrizione di atti di polizia mortuaria*”, limitatamente alla parte concernente le lettere c), d), f), e), quest'ultima con esclusivo riguardo all'autorizzazione alla tumulazione in cappella privata.

8. Nella reciproca soccombenza si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale, accoglie in parte gli appelli incidentali, ed in riforma della sentenza impugnata, respinge in parte il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)